DOI: 10.33242/rbdc.2025.02.007

COMPARAZIONE E CRITICA: THE LEGACIES OF ETERODOXY

COMPARISON AND CRITICISM: THE LEGACIES OF HETERODOXY

Giovanni Marini

Professor of Comparative Law. Department of Law, Università di Perugia, Perugia, Italy. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9721-7211 *E-mail*: giovanni.marini@unipg.it

1. Nel corso del XX secolo, il campo del diritto privato si è caratterizzato per la crescente importanza che è andata assumendo la giustizia sociale. Le concezioni liberali, sulle quali si era retto il pensiero giuridico classico, non apparivano in grado di rispondere alle trasformazioni economiche in atto. L'insieme formale delle nozioni riguardanti l'autonomia privata e la libertà contrattuale lasciava posto all'idea che, calati nei diversi contesti sostanziali, gli individui non fossero così liberi ed autonomi come quel pensiero immaginava.[1] In questa prospettiva, la libertà contrattuale doveva essere conformata mediante l'intervento statale, l'autonomia privata veniva così limitata, secondo giustizia, attraverso l'introduzione di una serie di doveri a protezione dei contraenti più deboli. Appartengono ad una medesima logica, anche l'elaborazione del concetto di funzione sociale nell'ambito del diritto di proprietà e la previsione di diversi criteri di imputazione accanto alla colpa nel campo della responsabilità civile.[2]

[1] Per un'analisi più approfondita del "Sociale" si veda Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought* in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, D. Trubek and A. Santos, (eds), Cambridge, 2006, p. 37 ss. Si veda anche M. Hesselink, *CFR & Social Justice CFR & Social Justice: A Short Study for the European Parlia ment on the Values Underlying the Draft Common Frame of Reference for European Private Law – What Roles for Fairness and Social Justice*?, Monaco, 2008, p. 16 ss.; nonché sia consentito il rinvio a G. Marini, *L'Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, n. 7/2016, p. 95 ss.

[2] Sul concetto di funzione sociale della proprietà con particolare riguardo all'esperienza latino-americana, si veda M. R. Marella, *The Geopolitics of Law in Latin America. The Case of the Social Function of Property*, in Aa. Vv., *Persona ed attività economica tra libertà e regola. Studi dedicati a Diego Corapi*, vol. 1, Napoli, 2016, p. 115 ss.

Con l'appello al "sociale" insomma ci si voleva contrapporre all'individualismo ed al formalismo concettualista che il pensiero classico aveva adottato, rimproverandogli di aver ignorato il contesto economico e sociale e denunciando il gap che si era venuto a creare fra le speculazioni teoriche ed i problemi concreti che il diritto doveva affrontare.

Nella nuova prospettiva che si afferma è la società, con la sua struttura fortemente interdipendente, a prendere il posto dell'individuo al centro del sistema. Il sociale così sosteneva ovunque la necessità di limitare i poteri individuali e promuoveva una visione pluralistica, riportando l'attenzione sul diritto nato dalle istituzioni sociali e sul diritto giurisprudenziale, riscattando al tempo stesso il ruolo del giudice e le possibilità del diritto nella costruzione della società.[3]

Si avvertiva il bisogno di un diritto diverso, più solidaristico e flessibile, che rendesse i soggetti responsabili per tutte le conseguenze delle loro azioni e proteggesse i più deboli, ricercando proporzione ed equilibrio fra le diverse parti che compongono l'organismo sociale.

2. Il pensiero sociale si diffuse all'interno dei sistemi giuridici europei e nordamericani grazie, da un lato all'opera del legislatore, che– soprattutto nei primi– ha svolto un ruolo di primaria importanza nella tutela giuridica di specifiche categorie di soggetti (lavoratori, consumatori, risparmiatori), e dall'altro al ruolo svolto dalle corti (talvolta con l'impiego delle clausole generali) attraverso la creazione ed utilizzazione di particolari *doctrines* nel campo del diritto privato.[4]

Adattandosi a diverse politiche del diritto, il sociale (era destinato a) godere di un innegabile successo...

In Italia il sociale assumerà molteplici sfaccettature– attraverso adattamenti se non proprio contraddittori, certamente di segno diverso fra di loro. Nell'ordinamento italiano, com'è noto, il sociale dopo la sua iniziale affermazione riformistica,

[3] La rottura che dà vita ad una vera e propria globalizzazione (la seconda dopo la prima del pensiero classico) doveva trovare il suo principale punto di riferimento in Germania soprattutto con Jhering e la sua costruzione del diritto come mezzo per la realizzazione di scopi sociali (cfr. R. von Jhering, *Der zweck im Recht,* Leipzig 1923, trad. it. *Lo scopo nel diritto,* Torino, 1972). E continuare in Francia con Saleilles e Gény. Da qui dovevano prendere vita (fra il 1880 ed il 1920) tutta una serie di scuole che avrebbero collaborato per offrire una visione alternativa al diritto ufficiale: dalla giurisprudenza degli interessi alla scuola del diritto libero, dalla giurisprudenza sociologica al realismo giuridico. Sulla varietà dei filoni che possono iscriversi al suo interno cfr. F.Wieacker, *Storia del diritto privato moderno,Il Milano*, A.M. Hespana, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna 1999, p. 227 ss. Classico è ormai L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale.* Sul punto ora utili riferimenti in F. Mazzarella, *Dialoghi a distanza in tema di socialità e storicità del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento*, in *Quaderni fiorentini,* 2015, p. 381, anche se il programma di rifondazione integrale della società e delle sue strutture politiche dovrà però attendere ancora alcuni decenni e troverà spazio– ma anche una significativa rilettura– soltanto più tardi in Italia con l'avvento del nuovo ordine corporativo promosso dal regime fascista.

[4] Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, cit., pp. 44-46.

legata all'indirizzo sociologico, assume una connotazione particolare, tipicamente conservatrice nell'esperienza fascista, dove esprime i valori emergenti dal quadro politico del "nuovo ordine corporativo", testimonianza delle ambiguità che quella idea era destinata inevitabilmente a portare con sé. E riprenderà vigore tra la fine degli anni '60 e l'inizio dei '70, traducendosi fra l'altro nel principio di solidarietà "costituzionalizzato" nella Costituzione del 1948 e nel ruolo centrale rivestito dall'intervento pubblico nell'economia.

Al termine del secondo conflitto mondiale, tale tendenza si era diffusa ampiamente come testimoniano le carte costituzionali di seconda generazione. Diverse costituzioni, promulgate in quegli anni, si caratterizzano per una profonda influenza delle idee di giustizia sociale: la Costituzione italiana, ad esempio, contiene i doveri di solidarietà (art. 2), il concetto di eguaglianza sostanziale (art. 3 c. 2) e l'idea di funzione sociale della proprietà (art. 42). Simili disposizioni si possono rinvenire nei dettati costituzionali di Germania, Spagna, Grecia e Portogallo, come anche in altre parti del globo.

Il sociale conosce adattamenti anche al di là dei confini europei, dove diventa addirittura dominante– dando vita ad una vera e propria globalizzazione, la seconda–soprattutto quando riesce a sposarsi con visioni ideologiche e culturali di tipo più comunitario e solidaristico.

Dell' "istanza sociale" la "periferia", infatti, doveva appropriarsi per rielaborarla, in modo significativo. E spesso, proprio per esercitare una forma di "resistenza" rispetto al diritto metropolitano dei colonizzatori, ai quali contrappone un diritto "sociale" più moderno e flessibile capace di adattarsi e rispondere più facilmente alle esigenze di società in via di rapido sviluppo.

Nelle "periferie", la critica sociale è rimasta viva fino a qualche decennio fa, costituendo la base– in una delle sue possibili versioni– per progetti di riforma delle società post-coloniali, spesso in una interessante miscela con interpretazioni più o meno *native* o nazionali della cultura locale.[5]

Questi sono, però, anche gli anni in cui al "centro" la critica sociale invece comincerà a conoscere un lento declino, non per scomparire del tutto, ma per venir metabolizzata– insieme ad altre acquisizioni tipiche dell'epoca che la precede, quella classica– all'interno di un più complesso assetto intellettuale che ancora caratterizza l'epoca contemporanea.[6]

[5] Ciò produce una sedimentazione o stratificazione in cui però le acquisizioni delle epoche precedenti subiscono un cambiamento di segno ancora secondo il modello di. Du. Kennedy, *Three globalization of law and legal thought,* cit.

[6] La varietà delle manifestazioni attraverso le quali il "sociale" può presentarsi e l'instabilità delle sue configurazioni condurranno al suo declino ed al suo progressivo ridimensionamento.

3. La socializzazione del diritto privato è stata perseguita mediante lo strumento costituzionale: il contratto, la proprietà e la responsabilità civile sono interpretati alla luce dei principi sociali espressi dalla costituzione. L'influenza di tale approccio sociale è divenuta così forte da produrre un riassestamento della dicotomia tra pubblico e privato all'interno dei sistemi giuridici dell'Europa continentale, con la diretta conseguenza che anche il diritto privato cominciava ad essere percepito come un dispositivo capace di redistribuire potere tra le diverse categorie di individui.[7]

La giustizia sociale è diventata una parte di quell'insieme di valori, interessi comuni e concezioni che costituiscono il patrimonio della tradizione giuridica europea. Tale caratterizzazione sociale della tradizione giuridica continentale è stata più volte richiamata da quei giuristi, impegnati nei progetti di integrazione europea, allo scopo di contrapporre un nuovo diritto privato, di matrice sociale, ai modelli di derivazione statunitense che stanno dominando il pensiero giuridico globale. In particolare, nel diritto dei contratti, il riferimento alla tradizione giuridica europea è legata alla rappresentazione di modello solidaristico da opporre alle concezioni del contratto più individualiste provenienti dal mondo di common law.

Una posizione simile contraddistingue anche alcune delle posizioni tipiche delle élites giuridiche nazionali che mettono in discussione il diritto sovranazionale di origine europea per i suoi caratteri neoliberali. In questa prospettiva, le tradizioni giuridiche nazionali sono talvolta chiamate in gioco per criticare e rallentare i processi di armonizzazione promossi dalle istituzioni europee.

Oggi però stiamo assistendo ad una fondamentale ridefinizione dell'approccio sociale, che si distanzia analiticamente da qualsiasi tipo di assunzione collettiva dei rischi e ... si fonda sulla reinterpretazione dell'interesse generale alla luce della tutela degli interessi dei singoli individui. La legislazione ed il diritto prodotto dalle corti, attraverso le clausole generali, che rappresentavano gli strumenti di diffusione principale del sociale, sembrano ora impiegati secondo differenti modalità. Il loro utilizzo infatti non è più volto a contrastare un approccio eccessivamente individualista, allo scopo di tutelare un interesse pubblico o della società. Al contrario, l'obiettivo dichiarato è quello di aumentare il tasso di autonomia dei singoli individui. L'autonomia privata intesa come autodeterminazione assume così il rango di valore, sul quale si incentra la protezione dei consumatori e deve essere nel caso bilanciato con altre *conflicting considerations*.

[7] H. Collins, *Does Social Justice Require the Preservation of Diversity in the Private Laws of Member States of Europe* ?, in "*Private Law and the Many Cultures of Europe*" T. Wilhelmsson, E. Paunio, A. Pohjolainen (eds.), Rijn 2007, 153-176; Du. Kennedy, *Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law*, in *The Politics of a European Civil Code* M. Hesselink, (ed.), Amsterdam, 2006, 19; D. Caruso, *The missing view of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European integration*, 3 ELJ (1997), 19.

Le finalità sociali prepotentemente emerse nella seconda fase, intorno alle quali venivano ricostruiti nuovi sistemi di regole coerenti con esse, sono divenute ora delle semplici *policies.* Insieme ai valori ed altri principi, fra i quali ora campeggia anche l'autonomia individuale, tutti entrano in gioco come elementi che devono essere bilanciati fra di loro– spesso integrati da ulteriori considerazioni relative alla amministrabilità delle regole ed alla competenza istituzionale del decison-maker (nel senso di maggiore o minore attivismo giudiziale ed ora, in Europa, anche nel senso di maggiore o minore intervento delle fonti internazionali rispetto alle singole identità nazionali)– per dare vita a regole che costituiscono specifici compromessi.

Il quadro lascia così intravedere una complessa sedimentazione, in cui tipici elementi provenienti da momenti precedenti sopravvivono, trasformati. Così la fiducia nei diritti individuali, tipica di quel periodo, convive ora con argomentazioni di politica del diritto più ampie, che trovano la loro origine nel pensiero sociale, dando vita a un complesso bilanciamento di interessi che è diventato cruciale nell'amministrazione di qualunque tipo di controversia.

Un meccanismo che dipende per il suo funzionamento interamente dall'intervento del giudice, che svolge allora un ruolo fondamentale, prendendo il posto del professore di diritto o dello scienziato sociale che avevano esercitato una egemonia indiscussa nelle fasi precedenti. Invece di considerare le relazioni del diritto con la morale o del diritto con la società, il pensiero giuridico contemporaneo è allora preoccupato prevalentemente delle relazioni fra diritto e politica.

4. Fra i molti punti che emergono, in questo quadro complesso, ve ne sono alcuni che suscitano un particolare interesse da parte del comparatista.

Il primo punto da evidenziare è senza dubbio quello relativo al rinnovato interesse per le tradizioni. La riscoperta delle radici storiche e culturali delle diverse esperienze giuridiche come strumento di rappresentazione del diritto dei processi di costruzione e ricostruzione delle origini occupa uno spazio sempre maggiore all'interno degli studi di diritto comparato.[8]

Uno studio sulle tradizioni giuridiche può essere più facilmente compreso come un'indagine interna e critica sui diversi progetti politici, in perenne conflitto fra loro, che caratterizzano la comparazione giuridica. Al pari dello stile– del modo cioè in cui il diritto viene prodotto e riprodotto nel corso del tempo dai suoi attori

[8] Su questa impresa, si veda P. Glenn, *Legal Traditions of the World, Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2014 (5th Ed.), 4. Per una trattazione critica, si veda P.G. Monateri, *Methods in Comparative Law: An intellectual overview* in *Methods of Comparative Law*, P. G. Monateri (ed.), Cheltenham, 2012, 7-24 e volendo G. Marini, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in Pòlemos, n. 1/2010, p. 31 ss.

istituzionali– e dei canoni– le cornici all'interno delle quali il diritto viene pensato ed argomentato– le tradizioni assumono un ruolo centrale in questo campo.

Le tradizioni costituiscono un esempio emblematico della innegabile dimensione estetica che contraddistingue il diritto:[9] un aspetto che richiede un approfondimento dei differenti modi e delle diverse strutture mediante le quali è possibile, all'interno di una determinata comunità giuridica, pensare, elaborare e presentare i molteplici elementi di cui si occupa il diritto.

Il secondo punto riguarda l'emersione dell'analisi distributiva. In questa prospettiva, lo studio si deve interessare delle regole del diritto privato e deve soffermarsi in particolare sulle strutture istituzionali che governano le transazioni e le relazioni economiche dei privati e dalle quali dipendono la forza ed il potere delle parti.

La questione è analizzare se, quando e fino a che punto il potere contrattuale delle parti possa essere modificato dal cambiamento di singole regole che disciplinano le relazioni contrattuali o i poteri delle parti di una relazione. Ogni cambiamento all'interno della struttura istituzionale e delle sue regole di fondo– sia ad opera della legislazione che attraverso un precedente che si consolida– pare in grado di influenzare la forza contrattuale delle parti e con essa dei gruppi e delle categorie sociali ai quali i contraenti appartengono. Un aspetto questo che diventa particolarmente importante di fronte alla declamazione dei valori (sociali) che spesso accompagnano gli interventi o le decisioni dei giudici. E consente di rivelarne talvolta l'ambiguità.

Pur partendo da prospettive diverse, entrambi i punti, il primo che riguarda il diritto come sistema di rappresentazioni, il secondo che si focalizza sulle regole operazionali e l'analisi distributiva consentono di rimettere– sia nel campo del diritto privato che in quello della comparazione giuridica– la dimensione "politica" al centro dell'attenzione. Entrambi si rivelano dunque necessari per condurre un'analisi di tipo critico.

5. Non vi è dubbio che il discorso intorno al metodo del diritto comparato abbia conosciuto una rinnovata attenzione a seguito dei processi di globalizzazione del diritto.[10] In entrambi i campi, gli studi comparatistici si moltiplicano e diverse metodologie comparatistiche si vengono proponendo allo stesso tempo.

[9] Su punto si veda, P. Schlag, *The "Aesthetics of American Law" Har. L. Rev.* 115 (2002) 1047-1118; P.G. Monateri, *Comparing Comparativisms: Nomos and Narrative as Cultural Legitimation (Comparer les comparaisons, Le problème de la légitimité culturelle et le nomos du droit*, *Opinio Juris* 1.1 (2009): 1-37.

[10] Sulla questione del declino delle metodologie "politicamente impegnate" e sull'ascesa di un approccio eclettico nel diritto comparato nel secondo dopoguerra, si veda Da. Kennedy, *The Politics and Methods of Comparative Law in Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, P. Legrand, R. Munday (eds.), Cambridge 2003, 345-433 e volendo pure G. Marini, *Globalizzazione attraverso i diritti* ...

Si è assistito così ad un generale spostamento dell'attenzione da un modello teorico che si occupa prevalentemente della *black letter law*, cioè delle sole regole giuridiche, ad una concezione più ampia che tocca aspetti diversi che vengono in rilievo all'interno ed intorno ad un sistema giuridico. Nell'idea dei comparatisti moderni, infatti, l'attenzione non può essere concentrata sulle sole regole, ma deve riguardare anche il contesto in cui queste stesse operano: cultura, economia, storia, società, antropologia e filosofia sono aspetti che assumono un significativo rilievo.

Uno degli elementi che caratterizza meglio di tutti il diritto comparato contemporaneo è il suo continuo richiamo alla cultura giuridica ed alle tradizioni giuridiche. La ricerca si rivolge quindi allo scenario nel quale il diritto viene a formarsi ed è applicato.[11]

In questo senso è importante sottolineare innanzitutto come questo scenario, il contesto nel quale cioè il diritto si muove, non sia precostituito, ma sia al contrario il prodotto di una complessa attività di rappresentazione degli autori. Il punto quindi consiste nella comprensione del modo in cui questa attività di rappresentazione funziona e dei modi attraverso i quali tale produzione culturale avviene.

L'incontro con i diversi tipi di *teorie critiche* ha avuto un impatto rilevante sulla comparazione giuridica e sulla sua critica dei processi di produzione della conoscenza.[12] Il diritto comparato si è così rivolto verso le *humanities* e in generale verso quelle scienze che si occupano di portare alla luce le complesse relazioni che vengono ad instaurarsi tra individui e sapere e tra individui e cultura.[13]

Tale svolta ha segnato un forte tratto di discontinuità tra il diritto comparato classico e quello contemporaneo. Se per il primo l'oggetto d'indagine era concepito come un qualcosa dotato di una autonomia ed esistente prima ed in modo del tutto indipendente dall'attività intellettuale posta in essere dal soggetto che lo analizzava. Per il secondo, invece, il modo e le strutture con cui viene rappresentata la realtà vengono rimesse in discussione. Qualsiasi descrizione è il prodotto delle categorie rappresentative di cui l'interprete si serve per rappresentare la realtà e ne risulta da queste irrimediabilmente influenzato.

Ogni interpretazione si basa infatti su di una serie di premesse implicite, che costituiscono il modo ritenuto più corretto ed adatto per rappresentare il mondo.

---

[11] D. Nelken, *Legal culture, in "Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions"* cit. Si veda anche, C. Varga, "*Legal traditions? In search for families and cultures of law"*, Acta Juridica Hungarica 46 (2005), 177.

[12] P. G. Monateri, *Everybody's talking: The Future of Comparative Law*, 21 *Hastings Int. Comp.L. Rev.* 825, (1985), G. Frankenberg, *Critical comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harv. Int. L.J.* (1985), 445. Da ultimo sia permesso il rinvio a G. Marini, *Ripensare le dicotomie, al di là del pubblico e del privato*, in corso di pubblicazione per gli Atti del Convegno AIDC Bari–Taranto 25-27 maggio 2023.

[13] Per due esempi differenti, cfr. Da. Kennedy, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance"* 1997 *Utah L. Rev.* (1997) 545, 551 e P. G. Monateri, *Sovereign ambiguity – From Hamlet to Benjamin via Eliot and Schmitt, Anglistik. Int'l J. of Legal Studies* (2009), 20, 121.

Ogni descrizione dipende quindi dalle categorie interpretative che caratterizzano la *legal consciousness* degli interpreti.

Combinando la comparazione classica con le differenti visioni e le prospettive portate avanti dalle diverse "svolte" culturali– che variano da quella identitaria a quella spaziale, a quella post-strutturalista ed a quella post-coloniale– il diritto comparato offre le basi per una critica che porta alla luce i presupposti che rimangono latenti nelle ricostruzioni, le regole che determinano la costruzione ed interpretazione dei testi, le incongruenze, le antinomie e gli interessi associati a rappresentazioni ed a categorie particolari.[14] Gli elementi insomma che governano– attraverso una complessa miscela di consenso, coazione ed altre tecnologie– la possibilità di promuovere processi di emancipazione.

6. Il diritto comparato è stato spesso utilizzato come un efficace antidoto contro la fede acritica nelle categorie giuridiche. Attraverso la comparazione è stato possibile aprire la strada ad una visione critica che ha posto dapprima l'accento sull'intrinseca storicità del diritto e la elasticità delle sue categorie giuridiche. Sempre la comparazione ha permesso una critica radicale volta a decostruire il diritto, mettendo in discussione la coerenza interna delle categorie giuridiche o rivelando quegli aspetti non ufficiali ed informali che contraddistinguono ogni ordinamento.[15]

In passato, la comparazione giuridica ha consentito di relativizzare le strutture intellettuali attraverso le quali gli interpreti analizzavano il diritto e di soffermarsi sui presupposti valutativi che stanno alla base delle costruzioni dogmatiche e delle categorie giuridiche.

Nell'ambito degli approcci metodologici tipici del diritto comparato, il funzionalismo, fedele alla sua origine antiformalista, sottolineava la necessità di ricollegare il diritto al contesto (sociale) nel quale opera. In questa prospettiva il centro dell'attenzione era riguadagnato dai problemi o meglio proprio dalla funzione che gli strumenti giuridici, all'opera nelle diverse culture, servivano a risolvere. La funzione poteva diventare così il *tertium comparationis* necessario per avvicinare esperienze diverse e misurare le differenze fra di loro. Viste attraverso la lente della funzione, tutte (o quasi) le società sembravano dover affrontare gli stessi problemi

[14] Si veda, tra i diversi approcci critici, M. R. Marella, *Critical Family Law* 19 J. of Gender, *Soc. Pol. & the L.* (2011) 2, 721.

[15] Sul punto si veda, M. Graziadei, *Comparative law as the study of transplants and receptions* in *The Oxford Handbook of Comparative law*. Oxford, 2006, 102; Id., *The Functionalist Heritage in Comparative Legal Studies*, in *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, cit., secondo questo punto di vista il funzionalismo è attrattivo in quanto è volto "to separate rules from their linguistic husk or their contextual justification".

anche se li risolvevano con strumenti diversi. Per risolverli, infatti, i giuristi nazionali non potevano che attingere alla "cassetta degli attrezzi" che ogni cultura giuridica particolare gli mette a disposizione.

L'osservazione che la diversità delle culture condiziona soltanto lo strumento e non il risultato permetteva alla comparazione, già allora, di assumere anche un forte connotato critico, almeno in tutte quelle culture giuridiche che, come la nostra, erano ancora fortemente sotto l'influenza del formalismo.

Se da una parte il richiamo alla dimensione storica ed alla variabilità degli istituti che possono essere chiamati a svolgere la stessa funzione, nelle diverse esperienze giuridiche, poteva essere usata per mettere in crisi la reificazione dei concetti;[16] dall'altra, però, la tentazione di individuare quale delle varie soluzioni rispondesse meglio alla funzione poteva essere utilizzata in chiave ricostruttiva. La soluzione, offrendosi come *better law*, diventava (attraverso l'uso dell'argomento comparatistico in chiave interpretativa o come soluzione *de jure condendo)* anche un modello da imitare. Differenze che potevano essere ascritte ad elementi irrazionali o incidenti storici casuali venivano così facilmente eliminate. La fiducia nelle essenze doveva allora essere rimpiazzata dalla fiducia nella funzione.

Come metodo della comparazione, il funzionalismo con la sua pretesa universalistica era destinato a scontrarsi– prima ancora che con l'obiezione di aver adottato attraverso il ricorso allo scopo o alla funzione la prospetti– va che ci offrono culture particolari– con la critica di riduzionismo, poiché non riusciva a dar sufficientemente conto di elementi (per lo più culturali) diversi dalla funzione.

Il funzionalismo era però anche un tentativo di cogliere i nessi fra diritto e società. Il funzionalismo cercava di reagire al concettualismo, cioè ancora alla scissione del ragionamento giuridico dal contesto, e sollevare il velo della *forma* giuridica per cogliere le scelte di policy che attraverso strumenti giuridici diversi gli ordinamenti cercano di realizzare. In questo modo il diritto serviva a guidare l'evoluzione della società e diventava un fattore determinante del cambiamento, ridimensionando così anche la contrapposizione fra applicazione e creazione del diritto. Una visione condivisa anche fra molti comparatisti.[17]

Come teoria dei rapporti fra diritto e società, prima ancora che con i possibili "dark sides" della regolamentazione, il funzionalismo doveva scontrarsi con la sempre maggiore difficoltà a correlare gli eventi prodotti (fenomeni economici/sociali) all'interno di una società particolare con una forma giuridica determinata.

[16] Molto emblematica in Italia è la figura di Gino Gorla in cui la ricerca dell'analogo funzionale si coniuga all'estrema attenzione per il dato storico e per il diritto prodotto ed applicato dalle corti. Gorla rivaluta la storia e la giurisprudenza in chiave antipositivista, insuperabile la sintesi in G. Gorla, *Il contratto*, Milano, 1955.

[17] In questo senso il funzionalismo può essere considerato "sovversivo" e così il diritto comparato che vi si ispira cfr. H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in Rev. int. dr. comp., 2000, 503.

La soluzione offerta dal ricorso agli analoghi funzionali rappresentava un'arma a doppio taglio.[18] Le acrobazie intellettuali che in alcuni casi erano necessarie per individuarli o la loro eccessiva proliferazione in altri dovevano minare l'attendibilità della teoria rendendo sempre più problematica la sua generalizzazione. Era necessario allora un ripiegamento verso obiettivi ancora più generici in cui il diritto serviva ad assicurare soltanto prevedibilità o certezza alle relazioni giuridiche, cioè le condizioni minime per assicurare lo sviluppo delle relazioni economiche. Ma ovviamente ciò indeboliva ulteriormente la teoria.

Con la fine degli anni settanta per la verità si era cominciata a far strada un'alternativa diversa che, invertendo la prospettiva, poneva in luce il carattere costitutivo del diritto, sottolineando la sua capacità di produrre visioni del mondo con cui inquadrare le relazioni sociali e determinarne in concreto i termini, e la difficoltà dunque di mantenere separato il diritto rispetto alla società ed alla cultura. Ma l'analisi rimarrà sempre ad un livello eccessivo di astrazione.[19]

Sarà facile così per il metodo strutturale assestare un colpo definitivo alla teoria e recidere, almeno temporaneamente, il legame fra diritto e società.

7. Il successo negli anni 60 del *factual approach* di Schlesinger aveva offerto un altro modo di superare le concettualizzazioni, andando al di là del funzionalismo.[20] Negli arcifamosi seminari di Cornell, l'indagine comparatistica

[18] La critica del funzionalismo muove appunto dalla critica alla generalizzazione rap– presentata dalla adozione della funzione e della presunzione di similitudine e dall'ap– piattimento di prospettiva che realizza il ricorso agli "equivalenti funzionali", ciò che costi– tuisce un problema o un'esigenza in una cultura può non esserlo in un'altra (fra i molti, G. Frankenberg, *Critical comparisons, Harv. Int. L.J.* (1985), 445) e colpisce anche le ridefinizioni in termini di "equivalenza circoscritta" (cfr. K. Scheiwe, *Was ist ein funktionales Aequivalent in der Rechtsvergleichung,* in *KritV. 2000, 30*) o di ecletticismo (cfr. J. Husa, *Farewell to functionalism or methodological tollerance, RabelsZ*. 2003, 419. Vedi ora R. Michaels, *The functional method of comparative law,* in *The Oxford Handbook of Compara tive Law,* (M. Reimann & R. Zimmermann eds.), 2007 e M. Graziadei, *The functional heritage* in *Comparative Legal Studies,* 100. Accomuna anche la critica al funzionalismo sotto il profilo dello scientismo A. Somma, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica,* Torino, 2005, p. 3 ss.

[19] Il punto di riferimento è sempre all'istituzione coercitiva attraverso il diritto del mercato e dei rapporti individuali fra soggetti astratti come liberi ed eguali (cfr. M. Barcellona, *La scienza giuridica italiana ed il marxismo, prima e dopo" l'uso alternativo" del diritto,* in Riv. crit. dir. priv. 2000, p. 715 ss.). Sul punto, volendo, altre osservazioni, G. Marini, *La responsabilità civile,* in L. Nivarra (ed.), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 219 ss.

[20] Entrambi condividono la necessità di andare al di là dei concetti e dalle "strettoie dogmatiche tipicamente inerenti il proprio apparato concettuale" per concentrarsi invece sul problema concreto (cfr. Zweigert-Kötz, *Introduzione al diritto comparato,* I, (1984), Milano 1992, 37) o sulle soluzioni (come complesso di fatti che determinano un singolo effetto giuridico), (R. B. Schlesinger, *Formation of contracts*, *A study on the common core of legal Systems,* New York-London 1968), portando in esponente come le differenziazioni concrete siano molto meno marcate di quanto invece le loro verbalizzazioni a livello concettuale farebbero pensare (R. B. Schlesinger, *Comparative Law,* New York 1998,42). Per una elaborazione più dettagliata U. Mattei, *The comparative influence of Schlesinger and Sacco. A study in legal influence* in *Rethinking the Masters*, cit. 238.

riflette sul modo in cui i diversi ordinamenti reagiscono di fronte ad un problema, a partire da un conflitto tipico rappresentato da un caso ipotetico, focalizzandosi sugli elementi di fatto che caratterizzano le singole soluzioni al riparo dai condizionamenti delle categorie concettuali nazionali.

La rielaborazione del metodo di Cornell ad opera dell'analisi strutturale consente un avanzamento significativo poiché porta alla luce come, all'interno di ogni sistema giuridico, non vi sia soltanto un'unica soluzione possibile, ma vi siano invece molteplici e differenti possibilità, tante quante sono i formanti.

Ogni singolo sistema infatti è costituito da una pluralità di formanti che si sviluppano in modo indipendente e la cui interazione permette di attribuire significato alle regole.[21] A causa di molteplici fattori, fra i quali anche la circolazione di modelli provenienti da ordinamenti diversi– i vari formanti possono trovarsi non solo in contraddizione fra di loro (dissociazione fondamentale), come accade quando la regola enunciata nel testo legislativo è differente da quella adottata nella prassi giurisprudenziale o elaborata dalla dottrina, ma la contraddizione è destinata a riprodursi anche al loro interno (dissociazione interna).[22] Ogni formante, a sua volta, può infatti dar vita ad una regola operativa (gli elementi di fatto e di diritto necessari a produrre un determinato effetto giuridico) e ad una regola declamatoria che la illustra ed influisce sul modo in cui tali regole sono comprese e valutate.

Vi è dunque una molteplicità di possibili soluzioni, ma anche una molteplicità di possibili giustificazioni. E queste ultime, come vedremo, si possono porre in varie relazioni rispetto alle prime, possono essere in sintonia con esse oppure rivelarsi superflue o addirittura contraddittorie.[23]

Nella prospettiva strutturale dunque è il contesto che viene reinterpretato come struttura, non più come contesto sociale.[24] Le componenti di un sistema possono essere valutate soltanto in relazione fra di loro.[25]

---

[21] R. Sacco, *Legal formants,* R. Sacco – P. G. Monateri, *Legal formants,* in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the law* (P. Newman ed.) London 1998, II, 531.

[22] Casi di contraddizioni, tensioni e discordanze possono trovarsi nel formante legale fra definizioni generali e norme casistiche, in quello giurisprudenziale fra massima e *ratio decidendi* e in quello dottrinale fra principi generali e casi particolari (cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato cit.*).

[23] R. Sacco, *Définition savants et droit appliqué dans les systems romanistes,* in Rev. int. dr. comp*. 1965,* 827; P.G. Monateri, *Règles et techniques de la definition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne: la synecdoque française,* in Rev. dr. int. dr. comp*,* 1984, 7.

[24] Una impostazione che veniva criticata a causa proprio dell'eccessivo distacco dal contesto sociale (cfr. M. Losano, *Sistema e struttura del diritto*, vol. 3. 117), o per la mancanza di senso storico o l'appiattimento sulla struttura logica di un sistema (cfr. G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato,* Milano 1986, 32). Perplessità evidenti nell'accusa di formalismo che ancora accompagna quel metodo per interessanti osservazioni cfr. A. Vespaziani, *Methodological transformations in the Comparison of European Public Law*, 9 *German Law Journal* (2008), n. 5.

[25] Per tutti R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 12.

Il metodo strutturale permetteva, così, alla comparazione di diventare al tempo stesso una teoria dell'interpretazione, poiché criticava l'esaurimento del diritto nella sua formulazione linguistica, ed una teoria del *legal process*, poiché analizzava le relazioni (dinamiche) fra le diverse componenti del sistema che operano per la produzione ed applicazione del diritto.[26]

Potevano allora essere realizzati due passaggi fondamentali. Intanto, la comparazione non rifiutava, anzi riconosceva ed accoglieva le lacune, l'ambiguità ed il conflitto all'interno della regola giuridica.[27] Seguendo la linguistica strutturale poteva essere ribadito il divario fra significato e significante, l'attribuzione di senso all'enunciato normativo si rivela arbitraria nel senso che dipende dal complesso gioco dei formanti all'interno di ogni sistema.

Il metodo strutturale poteva essere considerato così antiformalista. E, come accade a tutti gli antiformalismi, la stessa impostazione poteva rivelarsi al tempo stesso la base di un progetto scientifico (ricostruttivo) o di una critica (progetto decostruttivo).

Se il metodo strutturale costituiva il grimaldello per mettere in scacco la pretesa completezza della dogmatica, esaltando la molteplicità e l'eventuale conflitto fra le possibili soluzioni, al suo interno era possibile però trovare anche l'antitodo per curarla.

Da una parte, la disomogeneità fra le soluzioni dei diversi formanti e le loro contraddizioni potevano permettere di far riemergere quelle alternative che erano state soppresse dalle ricostruzioni dominanti, queste operavano come una sorta di *dangerous supplement*, evidenziavano cioè un 'aporia che mostrava come tali ricostruzioni non tenessero fede ai loro presupposti di coerenza e ne denunciavano la parzialità. In questo modo era possibile, recuperando tutta la profondità storica, collocare gli eventi non lungo un unico modello di sviluppo, ma lungo multiple traiettorie di possibilità, rispetto alle quali quello intrapreso non costituiva un cammino necessario, ma solo il risultato di eventi contingenti.

La teoria applicata ai singoli diritti nazionali, assai prima di ogni suggestione decostruttiva, produceva una critica della coerenza interna di singoli modelli e regole molto simile a quella del realismo americano.[28]

[26] R. Sacco, *Interpretazione del diritto,* in *Diritto, giustizia e interpretazione* (J. Derrida e G. Vattimo, a cura di) e Id., *L'interpretazione,* in *Le fonti del diritto,* cit., 186.

[27] Questa problematica caratteristica della dottrina americana P.G. Monateri, *La dottrina,* in G. Alpa, *Le fonti del diritto italiano,* II, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco, Torino 1999, 485.

[28] È evidente la critica al *mainstream* ed all'idea di un sistema vincolante di definizioni e nozioni. Ipotesi dopo ipotesi vengono attaccati dogmi e principi classici come la bilateralità del contratto (dimostrando la presenza nelle regole particolari e nella prassi giurisprudenziale della promessa come modello antagonista), l'efficacia traslativa del consenso (dimostrando la sopravvivenza della *traditio* e dell'obbligazione di dare) e con essa l'impossibilità della scomposizione fra le componenti del diritto di proprietà, la contrapposizione

Dall'altra però lo studio della dinamica interna del diritto avrebbe potuto consentire di prevedere l'esito del conflitto che si creava fra i formanti. Se si scoprono infatti le condizioni istituzionali che ne caratterizzano la competizione o i vettori che la determinano, se si scoprono i fatti ufficiali (teorie) e non (i crittotipi), i nessi espliciti ed impliciti (ancora crittotipi)– non necessariamente determinati dall'uomo –che possono influenzare le decisioni è possibile ridurre fino ad azzerare quasi del tutto l'indeterminatezza.[29]

Non si poteva negare però come, nello stesso tempo, con tale ricostruzione, gli ultimi legami che collegavano il diritto con la società erano venuti meno. Sulla scia dell'osservazione dei sistemi, Sacco avrà buon gioco a mostrare come società con strutture economico-sociali profondamente diverse abbiano adottato forme e regole giuridiche assolutamente identiche e vice-versa forme e regole diverse siano adottate in società assolutamente identiche sotto il profilo economico-sociale.[30]

8. Lo studio della dinamica interna del diritto aveva però portato alla luce anche un altro dato destinato a diventare cruciale. Si trattava della necessità di studiare accanto ai risultati prodotti dai diversi sistemi giuridici anche il modo con il quale (all'interno di uno singolo scenario delimitato dagli strumenti e *dalle limitazioni definite dalla tradizione giuridica)* il risultato è prodotto, descritto e giustificato.[31]

Se è scontato che l'interprete offra ragioni per motivare le proprie scelte è però interessante notare come spesso rappresentazioni, affermazioni teoriche ed argomentazioni che sono addotte per spiegare le regole possano rivelarsi non solo superflue, ma talvolta addirittura contraddittorie rispetto ad esse. Della loro "mentitorietà" gli stessi interpreti sono ben consapevoli.

Queste giustificazioni infatti sono destinate ad influenzare il modo in cui le regole sono accolte e valutate all'interno di ogni sistema. Come tali possono incoraggiare una "falsa coscienza" di ciò che in realtà il sistema produce.

Le giustificazioni come tutto il sistema di rappresentazioni situate al livello delle pratiche interpretative sono estremamente importanti sia allo scopo della comunicazione sociale, che della stabilità sociale.

---

fra diritti reali e relativi ed altre ancora. Vedine alcune applicazioni in R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato* cit. e A. Guarneri, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione,* Milano,1979.

29 Non tutto è riducibile, come nell'approccio realista, alla "law in action", ma è necessario cogliere il ruolo delle narrative appunto che usano tutti gli interpreti cfr. P.G. Monateri, *"Everybody's talking". The future of comparative law,* 21 *Hastings Int'l and Comp. L. Rev.* (1998), 825.

30 Emblematico per tutti R. Sacco, *Le invalidità nel diritto sovietico*, cit.

31 È stata notata l'affiancarsi di una sub tradizione politico-filosofica ad una sub tradizione tecnico-giuridica che opera per legittimare soluzioni non in linea con quest'ultima cfr. A. Gambaro, *La proprietà nel common law anglo-americano,* in A. Candian – A. Gambaro – B. Pozzo*, Property-Propriété-Eigentum,* Padova, 1992, p. 26 ss.

Non si poteva evocare in modo più preciso il carattere ideologico, inteso proprio come "falsa coscienza" della realtà, che questi elementi possono assumere. Fenomeno non soltanto tipico dei sistemi che, come quello sovietico, erano definiti politicizzati, ma che è possibile riscontrare in tutti gli altri sistemi. A cominciare da quelli che, come il diritto francese, sono stati storicamente influenzati dal giusnaturalismo. Non a caso è proprio il *Code* il terreno a partire dal quale viene testata la sineddoche, figura retorica con la quale si evidenzia una parte per il tutto, la cui presenza consente e facilita la divaricazione fra regola operazionale e declamazione.[32]

La sineddoche lascia così il posto all'ideologia. Questa componente ideologica opera a più livelli.[33] Intanto ad un livello più generale, l'ideologia riguarda l'interpretazione, in cui l'individuazione del significato di una norma è considerato il prodotto di un ragionamento puramente tecnico, sia esso di carattere esclusivamente deduttivo o accompagnato anche da considerazione relative agli interessi (in conflitto) che le regole servono. Attraverso tale rappresentazione l'interprete rinnega costantemente la sua creatività, legittimando il suo operato come neutrale.[34]

Al tempo stesso emerge anche una componente "apologetica" interna al lavoro del giurista: le giustificazioni se non servono alla elaborazione di una soluzione, possono servire a promuovere "visioni del mondo" che orientano, sono destinate ad essere imitate e riprodotte a loro volta. Le diverse rappresentazioni sono funzionali ai progetti che le *élites* intellettuali possono perseguire. Presentare, attraverso la comparazione, i diversi modelli come prestigiosi, come abbiamo

[32] In tale contesto, com'è ormai noto, l'enunciato declamatorio presente nel testo del *Code* corrisponde ai dogmi del giusnaturalismo, mentre la regola operazionale riproduce la prassi consolidata (cfr. P.G. Monateri, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984).

[33] Se però in Marx l'ideologia è un'interpretazione della realtà consciamente o inconsciamente condivisa nell'intero quadro politico e sociale, un elemento che può essere spiegato da una causa che si trova alla sua base (rapporti di produzione o necessità del capitalismo) e che l'ideologia appunto legittima perché gli individui ai quali questo genere di discorso è indirizzato sono persuasi ad accettarla, accettando insieme ad essa l'ordine sociale da cui dipende. In questa rilettura l'ideologia non legittima un particolare tipo di società, ma soltanto lo status quo, il suo obiettivo non è l'intero quadro politico e sociale, ma soltanto un numero ristretto di soggetti: l'élite dei giuristi, dei giudici e degli operatori del diritto. Sul punto G. Marini, Critical Legal Studies *vs. Uso alternativo del diritto: ovvero il destino nordamericano di Marx*, in G. Azzariti, A. Di Martino, A. Somma (a cura di*), L'uso alternativo del diritto. Un confronto di prospettive critiche*, Napoli, 2024, p. 167 ss.

[34] Il ruolo dell'interpretazione come "affabulazione" strumento in grado di legittimare le decisioni giuridiche e necessario per renderle "socialmente accettabili" è enfatizzato da P.G. Monateri, *"Correct our wachtes by the public clocks" (Interpretazione del diritto e nichilismo giuridico)*, in Riv. crit. dir. priv. 1997, p. 403 ss, tale carattere non può rimanere alla luce e deve pertanto essere continuamente nascosto, poiché non sarebbe professionalmente e politicamente accettabile, Id., "*All this and so much more". Intento originale, antagonismo e non interpretivismo, ivi* 2000, p. 207 dove però vi è anche una critica ancora più radicale alla stessa idea di interpretazione, in quanto ricerca di un senso preesistente.

visto, può realizzare diversi progetti a favore, ma anche contro il paese da cui provengono, ispirando o mobilizzando opposizione e resistenza.[35] Di qui all'idea che i prodotti culturali possano essere armi per eliminare un'egemonia e sostituirla con un'altra,[36] il passo è breve.

L'analisi strutturale può considerarsi così alla radice non solo della scoperta della dissociazione dei formanti (della decostruzione delle definizioni e delle formule giuridiche), ma anche del recupero delle narrative e delle prassi discorsive.

Del resto le giustificazioni– almeno nelle vesti di motivazioni teoriche e proposizioni di tipo declamatorio, ivi incluse quelle "non sempre strettamente giuridiche" che pure spesso le accompagnano, costituiscono un elemento presente già dall'inizio nella lista dei formanti, anche se fra quelli "meno studiati".[37]

Tutto ciò rimanda ai *belief systems*, alle strutture di pensiero collettivamente determinate che orientano, in modo implicito ed esplicito, il modo stesso di pensare dell'interprete. Questi sono i paradigmi intellettuali, di carattere storico e contingente, che limitano il campo in cui si situano le varie condizioni di possibilità degli interpreti e determinano i risultati che è possibile raggiungere.

Il cammino in questa direzione è stato allora solo indicato, ma è lungo questi percorsi che diventa possibile colmare il *gap* che separa diritto e società e riannodare così anche i fili che legano politica e diritto.

Ed è a questo punto che l'analisi comparatistica si complica. Il recupero della dimensione estetica inerente al discorso giuridico, inteso come rappresentazione, va al di là dell'ideologia, in quanto non è semplice rivelazione di quanto è nascosto, ma consente di recuperare i diversi modi in cui questo occultamento avviene.

Il discorso giuridico comincia ad essere analizzato per la sua organizzazione testuale ed estetica, l'attenzione allo stile ed alla forma aiutano a comprendere le regole di costruzione dei testi ed a sviluppare visioni alternative che derivano la loro legittimità dai testi, dalle storie e dalle tradizioni repressi.

9. Questo ha determinato un certo raffreddamento del lungo idillio con le scienze sociali, il cui posto è stato preso dalle scienze umane. Generate all'interno delle stesse scienze sociali, le *humanities* hanno riportato al centro della scena le rappresentazioni ed in particolare i soggetti che le producono: i loro autori.

---

[35] Cfr. P.G. Monateri, *"Everybody talking"*, cit., ID., *Critica dell'ideologia ed analisi antagonista: il pensiero di Marx e le strategie della comparazione,* in Riv. crit. dir. priv., 2000, p. 703 ss.; nonché G. Marini, *Diritto e politica*, cit.

[36] Rimane cruciale approfondire la questione relativa alla misura dell'agency individuale, cioè individuare la misura in cui, resistendo, l'interprete riproduca il potere al quale si oppone (così nella prospettiva foucaultiana in cui il potere viene analizzato come entità che controlla e seleziona la "produzione del discorso" senza identificarsi in un centro capace di controllare la periferia o in una serie di individui cfr. M. Foucault, *La volontà di sapere* (1976), Milano 1978, Id., *L'ordine del discorso* (1971), Torino 1994), meno pessimista Bourdieu, *Esquisse d'une théorie de la pratique,* Genève, 1972 .

[37] R. Sacco, *Legal formants* cit., p. 32.

Non è casuale che accanto alle tradizionali unità di analisi– come analoghi funzionali, *fact-situations*, regole operazionali e formanti –che hanno accompagnato il comparatista nell'ultima parte del secolo passato– sia tornato in auge un ulteriore unità di analisi: le tradizioni giuridiche.

Il riferimento alle tradizioni giuridiche permette infatti non solo di cogliere meglio i diversi contesti in cui la comparazione si svolge.[38]

Le tradizioni giuridiche si caratterizzano non solo come una sfida alle passate tassonomie all'insegna di un approccio più dinamico e flessibile.[39] Spesso sono impiegate anche, in modo strategico, per portare avanti determinati progetti: resistere o rallentare processi di integrazione o negozia re una strategia per minimizzare il numero di concessioni da fare nei confronti con altri sistemi giuridici.[40]

In questa prospettiva, lo studio delle tradizioni giuridiche non si traduce soltanto in un ulteriore esercizio che mira a ridefinire la geografia del mondo, ma diventa uno strumento per mettere in discussione l'opera di mappatura in sè.

Mappare il mondo significa combinare e ricombinare i vari elementi ritenuti rilevanti secondo una teoria che determina quali sono le unità di analisi e le strutture ritenute fondamentali ed il peso che, nella ricostruzione gli deve essere assegnato.

Come "geografia critica del diritto", la comparazione è interessata a studiare il modo in cui è possibile attraverso le diverse ricostruzioni realizzare strategie di inclusione ed esclusione. In questa prospettiva è importante identificare gli elementi culturali e giuridici, che possono essere considerati e sono effettivamente chiamati a far parte di una tradizione; il modo in cui le tradizioni operano, combinando e ricombinando i propri elementi costitutivi ed i loro miti fondativi: ed infine come le tradizioni adattano e mantengono la loro distinzione ed impiegano il diritto strategicamente per definire il rapporto con le altre culture.[41]

---

[38] G. Marini, *Foreword Legal Traditions. A critical Appraisal*. *Co. L. Re*. 2 (2011) 1, 5-6. G. Frankenberg, *Constructing Legal Traditions. Introductory Remarks on the Public/Private distinction as Tradition*, 2(2011)1, 11-12.

[39] P. Glenn, *Legal Traditions of the World, Sustainable Diversity in Law*, cit.

[40] Su questo punto si veda, J. Esquirol, *The Fiction of Latin American law* (part I), 2 *Utah Law Rev.* (1997), 425. N. Berman, *Modernism, Nationalism and the rhetoric of Reconstruction* in D. Danielson – K. Egle (eds.), *After identity: a reader in law and culture*, New York, 1995, 229-250. Ed ora G. Marini, *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, in Riv. crit. dir. priv., 2011, p. 163 ss.

[41] La globalizzazione ha modificato significativamente il contesto della comparazione, rendendo sempre più evidente l'interazione, la comunicazione e l'interdipendenza fra i vari sistemi giuridici nel mondo. Il modello classico (legato al trapianto di una singola regola o di un corpus di regole) allora non pare più in grado di cogliere tutta la complessità delle relazioni (di potere) che si vengono a creare fra centri di produzione del diritto e centri di recezione nello spazio postcoloniale (M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012) Sui trapianti giuridici, oltre agli ormai classici Watson A., Legal transplants: an approach to comparative law, Edinburgh, 1974 e Sacco R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative*

Secondo questo progetto, è possibile considerare il diritto comparato come un'analisi dei diversi modi con i quali vengono combinati elementi giuridici e culturali attraverso dispositivi retorici per creare una memoria condivisa.[42]

Il metodo genealogico può fornire gli strumenti per sfidare la supposta coerenza delle ricostruzioni. La genealogia consente di collocare gli eventi storici non lungo un unico percorso evolutivo, ma lungo diversi percorsi alternativi, evidenziando come– al momento della scelta– altre direttrici di sviluppo fossero del tutto percorribili ma non siano state prese in considerazione. In questo senso, la soluzione che si è affermata può essere ritenuta il prodotto di una serie di eventi contingenti.

10. La tradizione infatti come contesto, al pari della tradizione come cultura non costituisce un insieme organico ed omogeneo, ma è il prodotto di un conflitto, in cui alcune visioni finiscono per prevalere sulle altre.

La comparazione giuridica tende allora ad interessarsi al modo in cui avviene la "dissemination of discoursive practices", cioè la diffusione delle pratiche discorsive che sono in grado di plasmare il modo in cui è possibile pensare al diritto (*legal consciousness*) da parte degli operatori ed a segnare i confini entro i quali possono darsi i progetti egemonici e contro-egemonici che vengono realizzati attraverso il diritto.

La *legal consciousness* dunque è un sistema complesso, composto di vari elementi: un comune vocabolario concettuale, una serie di potenziali regole operazionali, un insieme di argomenti tipici a favore o contro, schemi concettuali, modi di ragionare che sono normalmente considerati tipici in ogni esperienza giuridica. Studiare la *legal consciousness* significa identificare quali sono gli elementi tipici che compongono il sistema e l'equilibrio fra le forze (implicite ed esplicite) che operano al suo interno, forze dalle quali dipende il modo in cui quegli si combinano, al suo interno, in un determinato periodo storico.[43]

Il riferimento alle "historical forms of consciousness or subjectivity"[44] serve ad enfatizzare il fatto che i soggetti possono operare solo all'interno di uno specifico

Law, in 39 Am. J. Com. L., (1991), 343-402, vedi però le precisazioni di Graziadei M., *Comparative Law as the study of Transplants and Receptions,* in The Oxford Handbook of Comparative Law, (Reimann M. & Zimmermann R eds.), 2007, 441, Id., *Legal transplants and the frontiers of legal knowledge*, in 10 Theoretical Inquiries in Law (2009), 723, Nelken D., *Comparatists and transferability in Comparative Legal Studies*, (Legrand P. & Munday R. eds.) 2003, 446; Legrand P., *The impossibility of 'legal transplants*, 4 Maastricht J. Eur. & Comp. L. (1997).

42 P.G. Monateri, *Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition*, Hastings L. J. 51 (2000), 479.

43 G. Marini, *L'*Italian Style *fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, cit.; Id., *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, cit.

44 R. Johnson, *The Story so Far: And Further Transformations*?, in *Introduction to Contemporary Cultural Studies,* D. Punter (ed.), London, 1986, 280, N. Mezey, *Law as culture*, 13 *Yale J. of L. & Hum.*, 35 (2001), A. Sarat – J. Simon, *Beyond Legal Realism?: Cultural analysis, cultural studies, and the situation of legal scholarship*, 13 *Yale J. of L. & Hum.*, (2001), 3.

contesto culturale, che fornisce il linguaggio che questi possono utilizzare quando devono trattare una particolare questione giuridica. La *legal consciousness* è storicamente situata e segna i confini entro i quali possono svolgersi le lotte attraverso il diritto per l'egemonia e la contro-egemonia. In questo senso, la questione più rilevante per il diritto comparato riguarda la comprensione dei modi in cui la *legal consciousness* viene modellata, chi partecipa a tale processo e quali sono gli obbiettivi che vengono portati avanti attraverso questo progetto intellettuale.[45]

Per tornare a quanto si diceva in precedenza sulla componente ideologica ed apologetica, si deve considerare come la divaricazione fra i processi di selezione delle regole e le giustificazioni che si apportano a loro favore sia un fenomeno assai comune. Se infatti verifichiamo i numerosi discorsi specifici, che vengono utilizzati per spiegare e giustificare l'adozione di particolari regimi giuridici nel diritto privato, non si può far a meno di notare un frequente scollamento fra declamazioni teoriche, regole che vengono introdotte e i risultati conseguiti nei diversi contesti in cui operano. È il caso, ad esempio, proprio dei discorsi che hanno accompagnato ed accompagnano ancora l'applicazione delle regole sugli squilibri contrattuali. Anzi, questa è una delle ipotesi che fa segnare forse il maggior distacco fra giustificazioni teoriche– storicamente ispirate da declamazioni assai impegnative a favore dei più elevati principi ricostruttivi caratteristici delle varie epoche in cui si sono affermate– e regole operazionali (che producevano risultati distributivi particolari).

Per rimanere nel campo della giustizia contrattuale, mentre le giustificazioni si allineavano variamente alla teoria della volontà prima, all'"istanza sociale" poi ed alla solidarietà, i risultati prodotti sembrano difficilmente riconciliabili con quelle affermazioni di principio.

In questa prospettiva, come vedremo, le declamazioni, per quanto nette possano essere, non bastano da sole ad offrire un quadro preciso circa la direzione che la protezione offerta da tali rimedi prende nella prassi dei diversi ordinamenti. Anzi, possono rivelarsi addirittura fuorvianti.

È necessario, invece, analizzare quel complesso di regole di fondo che determinano l'azionabilità nei diversi sistemi dei relativi rimedi.[46] A questa complessa intelaiatura di regole (di origine legale o giurisprudenziale) spetta precisare dunque quali sono le circostanze e qual' è esattamente la soglia al di là della quale può dirsi venuto meno il consenso di una delle parti o scorretto il comportamento della parte che si avvantaggia.

[45] Sulla *legal consciousness*, Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, cit., 19-73, nonché G. Marini, *L'*Italian Style *fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, cit.

[46] Vedi, fra gli altri, l'indagine di S. Catanossi, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti*, Perugia, 2007.

11. Se il diritto dunque può essere considerato in continuità con le pratiche culturali ed essere inteso come sistema di significati condivisi (*belief system*) attraverso il quale si struttura e si da senso al mondo. Non bisogna però dimenticare come il diritto sia cruciale perché determina non solo le regole del gioco, ma distribuisce la posta in gioco e determina l'identità dei giocatori.

In realtà, anche in questo caso, c'è un altro percorso che merita di esse– re ripreso, seppur in una direzione diversa da quella tradizionale: ed è quello dello studio degli effetti (economici) prodotti dalla regola giuridica.[47] Un percorso che per la verità la comparazione aveva già iniziato, gettando il ponte per un connubio con l'analisi economica, ma percorso solo in una direzione.

La scoperta delle regole operazionali, in quanto complesso di fatti rilevanti, permetteva infatti non solo una migliore, cioè più scientifica, misurazione delle somiglianze e delle differenze fra i diversi ordinamenti, ma anche una serie di altri interessanti risultati. Intanto, andando al di là delle declamazioni e delle strutture concettuali adottate, promettevano uno studio più accurato del modo in cui tali regole funzionano all'interno delle diverse società, in particolare potevano chiarire le conseguenze (incentivi) che sono destinate ad avere sul comportamento dei componenti di quelle società.

Questa stessa impostazione permetteva anche di valutare quale delle diverse regole fosse più efficiente nel senso dell'allocazione delle risorse, cioè della riduzione dei costi[48] e, di conseguenza, anche quale dovesse essere preferita nelle scelte interpretative dai giudici e nei progetti di armonizzazione del diritto o prevedere quale fosse destinata ad avere maggior successo nella circolazione dei modelli.[49]

Che la causa (del contratto) ed i suoi analoghi funzionali servissero a selezionare quali promesse ed accordi dovessero essere considerati vincolanti aveva messo in evidenza la scelta di policy che i diversi ordinamenti sono chiamati a fare in quei frangenti. Così accade quando questi limitano la vincolatività alle sole promesse o agli accordi accompagnati da una contropartita o altri (specifici) elementi cioè a quelle operazioni i cui risultati potessero essere considerati davvero efficienti.[50]

---

47 Fra i molti R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, Dig. Civ. I, Torino 1987, 310. U.Mattei, *Comparative Law and Economics,* Ann Arbor 1998.

48 La definizione dell'efficienza è notoriamente problematica, in generale essa consiste nella riduzione dei costi transattivi (cfr. R. Cooter, *Il mercato delle regole*, Bologna 1999; U. Mattei – P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, 83), ma la loro individuazione non è ovviamente pacifica (per una critica serrata).

49 Così R. Cooter, *Le migliori regole giuste*, in Quadr. 1991, 526; U. Mattei, *Efficiency in legal transplants: an essay in Comparative Law and economics*, 14 Int. Rev. Law & Ec. (1994), 3.

50 Sul punto volendo G. Marini, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995.

Le conseguenze prodotte dalle regole operative dovevano essere messe poi a confronto con le declamazioni. Qui gli schemi dell'analisi economica permettevano di operare un controllo critico della eventuale distanza fra gli enunciati e le regole giurisprudenziali, denunciando il distacco che si veniva a creare fra la sostanza delle regole operazionali (rimedi) e la forma delle concettualizzazioni (diritti) presenti nei diversi sistemi.[51]

In ogni caso, anche nelle versioni più critiche, non veniva però prestata alcuna attenzione verso le conseguenze diverse da un'allocazione efficiente delle risorse, nella convinzione– condivisa dall'analisi economica classica– che l'obiettivo di assicurare all'intera società la "torta più grande" (in modo del tutto indipendente dal modo in cui verrà divisa) fosse l'unico legittimamente perseguibile o possibile attraverso le regole del diritto privato.[52]

12. Sebbene in modo totalmente "de-marxificato"[53]– nel senso cioè che ad essere in gioco non sono più le sorti del sistema capitalistico, ma semplicemente conflitti "locali" con una posta ben più ridotta– il *newstream* ribadisce ora l'importanza delle conseguenze distributive che conseguono all'assetto giuridico promosso attraverso le narrative della comparazione.

È allora a quelle stesse regole operazionali, alle quali si è guardato in passato solo per valutare l'allocazione (più) efficiente, che è possibile guardare oggi per capire anche il modo in cui risorse e potere sono stati distribuiti.

Del resto proprio la discussione sui progetti di armonizzazione del diritto contrattuale ha riportato da tempo l'attenzione sulla possibilità che l'adozione o la modifica di una determinata regola– anche attraverso il semplice consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale– possa cambiare i risultati del conflitto fra le parti, ma anche fra le categorie ed i gruppi ai quali le parti appartengono (la relativa distribuzione delle risorse).

È chiaro che qui non sono in discussione configurazioni o definizioni generali che riguardano il contratto, la proprietà o altro, ma invece tutte quelle particolari e minute regole di fondo con le quali ne viene assicurato il funzionamento, quelle regole cioè che si preoccupano di segnare i limiti entro i quali alle parti di un

[51] Vedi l'applicazione della griglia di Calabresi (G. Calabresi – D.A. Melamed, *Property rules, liability rules, inalienability rules: one view of the cathedral*, 85 Harv. L.R. (1972), 1089) ai conflitti interproprietari cfr. U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987.

[52] Il disaccordo permane soltanto intorno ai criteri con i quali tale obiettivo deve essere perseguito, tale criterio permette di affermare anche la sostanziale neutralità del metodo, ma vedi E. Baker, *The ideology of the economic analysis of law*, 3 J.Phil&Pub.Aff. (1975), 3 e Du. Kennedy, *Cost-benefit analysis of entitlement problems: a critique*, 33 Stan.I. Rev. 387 (1981).

[53] Nel senso che nessuna regola abbia abbastanza forza e precisione da incanalare il sistema entro una logica particolare (il sistema capitalistico).

contratto è concesso trarre vantaggio dalle proprie specifiche competenze o con mezzi a loro disposizione, dalle informazioni che possono acquisire oppure da altre risorse come le capacità personali.

Non è possibile ignorare che, ogni cambiamento, anche di scala ridotta, nella struttura istituzionale che governa la disciplina delle transazioni o delle relazioni economiche è in grado di produrre effetti redistributivi potenzialmente rilevanti sul potere delle parti e sulla distribuzione delle risorse che ne deriva.[54] Non vi è alcuno spazio nel diritto privato che possa considerarsi indenne da tali effetti.

Tali regole (sia di origine legislativa che giurisprudenziale) danno vita all'intelaiatura concreta all'interno della quale sono condotte le relazioni economiche e sociali fra i diversi gruppi e– sebbene di solito considerate, se non neutrali, quanto meno scarsamente rilevanti– da esse dipende la posizione di forza relativa degli appartenenti e dunque anche quanto possono ottenere nei rapporti di cooperazione e competizione fra di loro.

13. Possiamo allora tornare alla giustizia contrattuale ed alle regole sulla lesione.

Nel pensiero giuridico classico, dominato dalla teoria della volontà, la possibilità di impugnare gli accordi squilibrati è considerata eccezionale. Soltanto quando la volontà stessa è viziata e dunque il consenso viene a mancare è possibile mettere nel nulla il contratto.

Così, sebbene il diritto intermedio avesse ricondotto varie forme di lesione alla equità ed alla buona fede, è solo nelle vesti di *dolus in re ipsa,* come vizio del consenso presunto, che la lesione può entrare nel code civil, peraltro in una versione assai restrittiva che la riconosce soltanto per i venditori a condizione che lo squilibrio superi i 7/12 (art. 1674 c. Nap.). A partire proprio da questa regole operazionali, che la giurisprudenza francese mantiene a lungo salde, appare evidente come il rimedio mirasse a proteggere non tutti i contraenti nei confronti di una alterazione della volontà, quanto soltanto alcuni di loro: i proprietari nei confronti delle speculazioni degli acquirenti. E' solo con l'avvento del sociale che la tutela nei confronti della lesione verrà estesa, mai toccando la disciplina della rescissione, bensì limando i requisiti della violenza per ricomprendere la "violence evenemetielle", cioè la pressione causata da un evento esterno o della causa,

[54] La presenza di tali effetti esige una indagine attenta volta a chiarirne l'impatto complessivo, come tutti i fenomeni redistributivi infatti in alcuni casi (ma non in tutti) i costi possono essere riallocati, come accade nei rapporti fra professionisti e consumatori. Sul punto Du. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 Md. L. Rev. 563 (1982).

riconoscendo un vizio parziale di essa che conduce alla nullità parziale del contratto in modo tale da arrivare a riequilibrare il contratto squilibrato.[55]

Ugualmente restrittive possono considerarsi le disposizioni del BGB sulla lesione che pure vengono annoverate, forse un pò troppo frettolosamente, all'ascesa del sociale.[56]

Il modello tedesco, infatti, nel quadro di una versione più moraleggiante, riconduce la lesione alla usura e la colpisce con la nullità per contrarietà ai *Guten Sitten* (§138), ma il suo 2 paragrafo ancòra l'esperibilità del rimedio ai requisiti della necessità, inesperienza e leggerezza che, anche qui, la giurisprudenza interpreta a lungo restrittivamente.[57]

Se si aggiunge l'esclusione di qualunque forma di ortopedia del contratto, si comprende bene come queste regole operazionali abbiano reso il rimedio scarsamente interessante, proprio per tutte quelle parti deboli che, se avessero impugnato, avrebbero dovuto rinunciare alla prestazione e tornare di nuovo sul mercato per assicurarsela senza aver rimosso però la condizione di debolezza. Solo l'avvento del "sociale" avrebbe sbloccato l'utilizzazione del §242 BGB per aprire la strada gradualmente a più incisive forme di ortopedia del contratto.

Lo stesso modello italiano della rescissione, che è sicuramente ascrivibile al sociale, ripropone il meccanismo più articolato che, in una versione eclettica, combina gli elementi e sarà destinato ad una più ampia circolazione.[58]

Intorno a questo modello di lesione qualificata sembrano oggi convergere gran parte dei sistemi.[59]

---

[55] Nella tradizione giuridica francese Domat e Pothier collegano la lesione alla buona fede ed alla equità, ma è solo come come vizio del consenso implicito che viene accolta nel codice Napoleon. Per i successivi sviluppi cfr. DEMOGUE, Traité cit. 518 e RIPERT, sulla base dell'ordine pubblico.

[56] Acutamente Gierke (ma anche Menger) le considera solo delle "gocce di olio sociale" negli ingranaggi di un codice che va invece in una direzione opposta (fra i moltissimi cfr. P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione* 85, che definisce il BGB il codice dell'individualismo sociale e ne critica la natura sociale, 89).

[57] Il riconoscimento della disciplina dei contratti usurari era infatti accompagnato dalla interpretazione restrittiva dei suoi requisiti (lo stato di bisogno veniva inteso come situazione dalla quale era minacciata l'esistenza economica del soggetto RG, 22 marzo 1937, JW, 1937, 2447 con nota di H.Khalert), in ogni caso il movente di conseguire un vantaggio la escludeva. Sul punto W.B^URGI, *Ursprung und Bedeutung der Begriffe "Treu und Glauben" und "Billigkeit" im schweizeischen Recht,* Bern 1939, 102, ma bene A.SOMMA, *Autonomia privata* cit. 335. Solo a seguito della novella legislativa del 1976 le situazioni rilevanti verranno estese a ricomprendere lo stato di necessità (Zwangslage), la scarsa capacità di valutazione (Urteilvermoegen) e la debolezza di volontà (Willensschaeche).

[58] Sulla necessità di circoscrivere il rimedio (in nome della certezza dei traffici, ma anche del non eccessivo svilimento dell'autonomia individuale) intorno ad una più rigorosa gabbia di presupposti rimedio all'interno di una più rigorosa gabbia di presupposti che delimitano le possibili circostanze che possono condurre all'impugnazione, allontanandosi dalla formula del Progetto italo-francese delle obbligazioni (art. 22) per ancorarla– in linea con il modello tedesco, ma con esclusione dell'inesperienza allo stato di bisogno ed allo stato di necessità cfr. G. Marini, *Della rescissione del contratto*, in Comm. Cod. civile a cura di E.Gabrielli, Milano, 2011, p. 323 ss.; S. Caprioli, voce Rescissione (storia), Enc.dir. XXXIX, Milano 1988, p. 964 ss.

[59] Tutte ruotano, con alcune variazioni terminologiche e con intensità talvolta differente, ruotano intorno a tre diversi elementi: la condizione della parte svantaggiata, in virtù della quale ci si interroga sulla genuinità

Rimane però tutta da verificare la coerenza fra declamazioni, principi e regole operazionali.[60]

14. Oggi in una nuova e diversa fase, ci troviamo di fronte ad un'espansione dei rimedi contro gli squilibri contrattuali, attraverso il modello della lesione qualificata, che si fa largo nei diversi ordinamenti nazionali.[61]

Particolarmente incisiva è stata poi l'influenza della legislazione di origine comunitaria nel campo dei rimedi contrattuali, dove la configurazione di nuove ipotesi di vizi hanno dato vita ad una serie di rimedi– la maggior parte dei quali ricondotti nell'area della nullità c.d. "speciali" o "anomale"– che si sono aggiunti ai vizi tradizionali. Vizi "atipici" che trovano origine direttamente nelle condizioni di funzionamento del mercato, sono legati alla razionalità nell'esercizio dell'autonomia privata e costituiscono un tentativo di arginare le conseguenze più vistose della carenza o erroneità dell'informazione, della sorpresa o di altre forme di opportunismo che sfuggivano alle più vecchie e consolidate figure.

Un'ampia *unconscionability clause* poi campeggia nei vari progetti di armonizzazione, dove opera come disposizione "di chiusura" contro le più varie forme di comportamento abusivo di un contraente volto ad ottenere un "excessive and unjustified advantage"(sull'esempio dell'art. 3.10 PICL Unidroit) o un "unjust profit or iniquitous advantage" (sull'esempio dell'art. 4:109 PECL). Una regola che richiede dunque un'analisi accurata al fine di poter verificare, nei differenti contesti, la sua operatività dal punto di vista dell'impatto redistributivo.[62]

---

del suo consenso, il comportamento della parte avvantaggiata di cui si tende a valutare la compatibilità con standards ed infine il contenuto del contratto per il quale l'eccessivo squilibrio conduce inevitabilmente verso l'invalidità Il modello si diffonderà con lievi variazioni terminologiche e di disciplina, fra gli altri nel codice delle obbligazioni svizzero (art. 21) e da lì ovviamente nel codice turco e nel codice delle obbligazioni libanese (art. 214), nel codice messicano del 1928 (art.18) e nel codice polacco delle obbligazioni nel 1932 (art. 42), mantenuta in quello del 1965 (art. 388) nel codice civile greco (par. 179), nel codice civile ungherese (par. 201-202) nel codice civile etiopico del 1960 (art. 1.710) e successivamente nel codice portoghese del 1967 (art. 282) argentino (art. 954) nel 1968.

60 Emergono così obiettivi (distributivi) certamente legittimi, ma sensibilmente differenti rispetto alla solennità e generalità dei principi, come la possibilità di reagire principalmente ad un fenomeno speculativo ai danni dei proprietari terrieri nel primo, escludere l'impatto del rimedio nei conflitti fra capitale e lavoro nel secondo, gestire i problemi dell'opportunismo nei *relational contracts* nell'ultimo.

61 Esemplari gli studi storici sulla rescissione di S.CAPRIOLI, *Iniquitas rei. Studi preparatori sui contratti rescindibili nell'età del diritto comune, I. Casi di rescissione,* in *Annali Fac. Giurisprudenza di Perugia* 1974, 98; ID., voce *Rescissione (storia),* cit., ora anche in ID. *Lineamenti della rescissione*, Perugia 2000. "Lo strumento della rescissione infatti serviva nello stesso tempo due scopi opposti: conservazione dei patrimoni nella loro consistenza originaria, pur nella circolazione dei beni; e conservazione del negozio, in quanto avesse modificato i patrimoni. Il primo scopo si perseguiva soltanto per certi soggetti e per certe situazioni …in lei dominava la considerazione d'una parte, vista come impari all'altra per i connotati stessi del soggetto: età minore, assenza, natura di istituzione, connotati che rendevano quel soggetto medesimo inetto a disporre senza l'osservanza di cautele" (cfr. S.CAPRIOLI, voce *Rescissione* cit.).

62 Le relazioni in materia di tutela dei consumatori dovrebbero essere oggetto di un'analisi mirata, alla luce dei diversi effetti di sussidio incrociato che le caratterizzano. Si veda su questo punto, G. Marini, *Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti* cit.

La generalizzazione della tendenza a riconoscere un rimedio generale per l'"unconscientious use of power", che origina dalle circostanze e dalle condizioni dello scambio, è varata negli Stati Uniti dall'Uniform Commerciale Code (par. 2-303 UCC).[63] Con esso il diritto statunitense, seguiva la strada dei tedeschi, ma sceglieva di sostituire ai buoni costumi la "coscienza". Le corti statunitensi– seguendo l'equity e citando spesso il classico dictum di Lord Eldon– cominciano a sdoppiare il concetto, affiancando una "procedural unconscionability" cioè una significativa condizione di svantaggio di una delle parti nella contrattazione, alla "substantive unconscionability" cioè la sproprorzione stessa. Il significative imbalance fra le prestazioni contrattuali viene così ricondotto– replicando spesso le indicazioni delle più tradizionali doctrines– allo special disadvantage di una parte ed alla condotta unconscionable dell'altra. L'introduzione del par. 2-303 UCC doveva indurre le corti ad accettare l'idea di un'azione indipendente per assicurare la *fairness* del contratto, anche al di fuori dello stretto ambito dei contratti di compravendita oggetto del Code, le cui radici fossero radicate in common law. L'unconscionability standard è stato poi adottato dalla statutory law di vari stati ed inserito anche nel Restatement (Second) of Contract (§208).

15. Il quadro si presenta abbastanza problematico per riaprire molte e fondamentali questioni.[64] Cosa che puntualmente è avvenuta, dalle nostre parti e non solo, dando vita ad una serie di progetti ricostruttivi differenti.[65]

Pur nella varietà dei modelli, c'è un tratto comune il passaggio da un modello centralizzato, fondato sulla eterointegrazione del contratto ad opera dell'intervento legislativo, affidata com'è noto ad una ortopedia del regolamento contrattuale, ad un modello di controllo decentrato, di vario segno, ma comunque saldamente nelle mani del giudice.

In gran parte attraverso le clausole generali, il pensiero sociale, infatti, aveva aperto le regole del diritto privato da una parte all'intervento legislativo che trovava così una "naturale" collocazione all'interno delle strutture tradizionali dell'attività

[63] Proprio la sua generalizzazione era destinata ad incontrare una serie di critiche, la sua difesa poteva avvenire non solo sul piano dell'esigenza di proteggere le parti "deboli", ma anche su quell'altro parallelo, sempre tipico del sociale, della necessità di adeguare il diritto alla pratica sociale. In questa prospettiva. Così significativamente lo stesso K.Llewellyn The Bramble Bush: on our law and its study (1930) e ID., The common law tradition: deciding appeals (1960) che la riteneva presentandola proprio come una di quelle regole capaci di rispondere alle pratiche consuetudinarie del commercio, necessaria per proteggere le legittime aspettative delle parti, assicurando un regime che corrispondesse alle pratiche consuetudinarie del commercio.

[64] Vedi *Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti,* in Riv.crit.dir.priv. 2005, p. 99 ss. La letteratura è ovviamente smisurata, fra i molti cfr. A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti, ivi*, p. 78 ss.

[65] Per una rassegna da noi S. Catanossi, *La giustizia contrattuale,* in P.G. Monateri et Al., *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007.

privata e dall'altra a quello del giudice il quale poteva, in modo altrettanto "naturale", operare via via i contemperamenti necessari fra solidarietà sociale e i valori della razionalità economica.

Emblematica, nel diritto italiano e non solo, la vicenda del contratto dove la concorrenza fra fonti collocate in posizione paritetica ed il principio della buona fede permettevano così un'ampia facoltà di intervento per ridisegnare l'insieme dei diritti ed obblighi dei contraenti in modo da apprezzare in concreto le reciproche posizioni secondo i principi della solidarietà sociale.

16. C'è da sottolineare, in particolare, la rilettura di uno dei temi sul quale il pensiero sociale, agli inizi dello scorso secolo, aveva fondato la legittimità degli interventi correttivi dell'autonomia privata: l'ineguaglianza del potere contrattuale.

La rottura principale operata dagli autori che si ispiravano al sociale non era costituita allora tanto dall'abbandono della prospettiva della volontà per porre l'enfasi sul comportamento della parte che crea, sfrutta o gode semplicemente di una posizione di supremazia nei confronti dell'altra. Questo infatti è un dato peraltro da tempo acquisito, sebbene rimane talvolta nascosto nei diversi modelli che si sono succeduti.[66] La novità è piuttosto costituita dall'aver inquadrato quell'elemento in una prospettiva del tutto nuova rispetto a quanto era avvenuto fino ad allora: quel comportamento, prima considerato in modo del tutto indipendente, veniva ora invece proiettato per la prima volta all'interno del mercato e dei suoi meccanismi.

Veniva così posta apertamente la questione della legittimità dell'esercizio del potere contrattuale, cioè dei limiti e della misura in cui è possibile sfruttare in condizioni di contrattazione "diseguale" la condizione di vantaggio di cui una parte può godere nei confronti dell'altra, e con essa veniva anche portata in esponente la natura inevitabilmente "politica" (anche nel senso del semplice *social engineering* o della politica del diritto) delle decisioni sul punto che ogni ordinamento è chiamato a prendere.[67]

---

[66] Così sia pure in contesti diversi G. Marini *Il contratto annullabile*, in *Trattato del contratto*, (a cura di V. Roppo), cit., IV, p. 307 ss.; M. Mantovani, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit.; I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale,* Milano, 1998. Ma già classici come A. Trabucchi, *Dolo (dir. civ.)*, in *Noviss dig. it.*, VI, Torino, 1960, 149 ss.
Anche nel modello del pensiero classico il comportamento di controparte non esce mai di scena, rileva indirettamente riassorbito come elemento che incide sulla condizione soggettiva del contraente la cui volontà è viziata, cioè nella sua attitudine a determinarla secondo i parametri stabiliti dai diversi codici.

[67] Sullo sfondo appaiono del tutto evidenti gli influssi delle critiche alla libertà contrattuale, nelle loro varie sfumature, che in quel frangente avevano messo in discussione la neutralità del mercato e della relativa regolamentazione. Queste permettevano di giustificare gli interventi di politica economica e sociale da parte dello Stato che servivano a ricondurre le relazioni che si svolgono all'interno del mercato verso una maggiore eguaglianza, affidati ad una costellazione di sottosistemi di legislazioni speciali (su questa linea cfr. M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit.). O a mettere in discussione più radicalmente la neutralità del diritto privato, svelandone invece le indiscutibili caratteristiche di regime

Nella prospettiva "sociale" veniva infatti apertamente riconosciuto come il contratto avesse bisogno di qualche cosa di più della semplice libertà contrattuale: in ragione delle diverse condizioni economiche e sociali delle parti che operano nel mercato, i risultati prodotti dagli accordi volontari apparivano sospetti. Il "sociale" criticava dunque l'idea che la libertà contrattuale potesse garantire il conseguimento del benessere sociale.

Nella prospettiva attuale, invece, l'ineguaglianza del potere contrattuale è stata in qualche modo metabolizzata, tradotta in un fenomeno fisiologico. La preoccupazione principale è diventata di carattere prevalentemente procedurale e riguarda la presenza di fattori (patologici) che possono turbare il procedimento con cui il contratto viene concluso, non permettendo all'autonomia contrattuale di svolgere correttamente la sua funzione.

L'asimmetria di potere contrattuale allora non è più il frutto della relazione ineguale dei contraenti, ma è ricondotta invece all'esistenza delle c.d. *market failures*, cioè di situazioni che impediscono al mercato di funzionare correttamente. In questa prospettiva l'indagine sugli squilibri diventa quella sulle ragioni per le quali il mercato non ha funzionato.[68]

All'interno di questo schema possono essere ricondotte indistintamente ipotesi diverse: dall'estorsione derivante dalla situazione di *hold up* monopolistico in cui versa l'imprenditore "dipendente", alle varie ipotesi di carenza o erroneità dell'informazione[69] ai contratti conclusi da soggetti che si trovano in una condizione di fragilità emotiva o di inferiorità psicologica.

Se il carattere regolamentare dell'intervento non viene più negato, allora, l'interferenza (pubblico) viene però resa molto meno problematica per il mercato (privato), poiché ora serve a restaurare le condizioni per il suo corretto funzionamento.

---

di amministrazione della forza e del potere contrattuale ad opera dello Stato. Così S. Dawson, *Economic duress and the fair exchange in French and German law,* (1937) 11 *Tulane L.Rev.*, 345 "As welcome fiction is slowly displaced by sober fact, the regime of "freedom" can be visualized as merely another system, more elaborate and more highly organized, for the exercise of economic pressure".

[68] Emblematico Schwartz, Justice and the law of contracts: a case for traditional approach 9 Harv. J. of Law and Public Policy 107.

[69] Giustizie ed efficienza tendono ad essere collegate "...il concetto di giustizia è riferito alla parte debole del rapporto ovvero, essenzialmente, al consumatore, al quale si deve assicurare un corretto esercizio del potere di scelta. Mentre il concetto di efficienza evoca la necessità che sopravvivano nel mercato imprese "vincenti", ovvero che non ricorrano ad abusi" (M. Meli, *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti,* in AA.VV., *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, p. 173 ss. Sul punto da noi letteratura ormai imponente cfr. M.R. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica fra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata,* Torino, 2004, p. 63 ss. e R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato,* Napoli, 2004, F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale*, in Riv.dir.civ., p. 663 ss.).

La contrapposizione fra pubblico e privato, che aveva costituito il tratto caratteristico del sociale, tende così ad essere ricomposta; una parte del pubblico (l'intervento regolamentare) viene attratta e riconfigurata nel privato e la questione cruciale della riallocazione del potere contrattuale, che viene esercitata attraverso le regole del diritto privato, viene ricacciata in un cono d'ombra nel quale è difficilmente percepibile.

In ogni caso, prevale la preoccupazione di inserire le novità in un quadro (sistematico) coerente con le categorie ed i principi delle tradizioni giuridiche nazionali ed europee.

Il processo di costituzionalizzazione del diritto privato, come vedremo, ha favorito la tendenza ad imbrigliare la dimensione (dell'efficienza allocativa), che caratterizza questi interventi, all'interno di una prospettiva in cui tutela del mercato e valori della persona e solidarietà tendono a congiungersi. E tutti diventano valori da bilanciarsi l'uno con l'altro.

Si è così potuto mantenere ferma l'idea di un intervento regolamentare, ma lo si è collegato alla stessa autonomia privata ed all'obiettivo di conseguire la sua effettiva realizzazione.[70]

Lungo questo itinerario è parso possibile poi anche trascendere le singole dimensioni nazionali per riallacciare tali interventi alla violazione dei diritti umani o diritti fondamentali, contenuti nelle Dichiarazioni internazionali e nelle Carte dei diritti e veicolati attraverso le clausole generali.[71] Una limitazione che si emancipa dal modello del fallimento di mercato (dell'analisi economica) senza dover necessariamente ricadere nell'orbita dell'intervento statuale nazionale.[72]

Se così l'intervento assume da una parte una colorazione molto più etica, poiché appare legato alla solidarietà nei confronti della parte "debole", dall'altra assume anche una connotazione più redistributiva poiché la solidarietà si traduce nelle concessioni che una parte è chiamata a fare nei confronti dell'altra,

[70] R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016. La razionalità è la condizione di un mercato one che efficiente e perciò diventa interesse di carattere generale, andandosi a collocare all'interno dell'ordine pubblico, ricollegando fra loro interesse generale, categoriale ed individuale cfr. A. Gentili, Codice del consumo ed *esprit de géométrie*, in Contr. 2006, p. 159 ss.

[71] Il ricorso alle clausole generali del c.d. diritto neoliberale risponde sembra però ad esigenze in parte o del tutto diverse a quelle normalmente considerate (cfr. F. Denozza, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in Riv. Crit. Dir. Priv., n. 3/2011, p. 379 ss.) in un ambiente, ormai pieno di costi transattivi provocati dall'incertezza e dalla imprevedibilità, le norme "a fattispecie" si rivelano troppo rigide e rischiose, entrano allora in gioco la rete di protezione costituita dalle clausole generali– che pur aumentando l'incertezza– diminuiscono però la possibilità del rischio di cadere, a causa di un proprio atto e di un evento esterno, in una situazione disperata.

[72] Il riferimento ai valori fondamentali delle persone a protezione dell'"uomo e dunque ciascun contraente, specie se debole nell'esercizio dell'autonomia privata" (non alla volontà presunta o a specchio del mercato) è in cfr. F.D.Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in Riv.dir.civ. 2001, I, 537, E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in Riv.dir.civ., p. 507 ss.

innescando un circuito complesso i cui esiti finali però sono tutti da verificare.[73] L'intervento, infatti, cambia indubbiamente la distribuzione del potere contrattuale rispetto al quadro strutturato dalle regole precedenti, ma– secondo una visione condivisa– le parti forti sarebbero sempre in grado di neutralizzare gli effetti dell'intervento, trovando il modo di scaricare i costi che gli impone o di ritirarsi da quel tipo di mercato.[74]

Questo processo continuo di cambiamenti graduali negli equilibri di potere fra le parti (attraverso le regole del diritto privato) viene spesso ignorato o sottovalutato dall'analisi tradizionale che continua a considerare il diritto privato un "ordine sottratto alle contingenze".

17. In una prospettiva del tutto diversa, questa tendenza verso la razionalizzazione dei mercati è stata stigmatizzata perché generalizzerebbe un modello del tutto estraneo alle nostre tradizioni: quello della common law. L'obiezione è rivolta essenzialmente ancora al progressivo abbandono di quel modello centralizzato, connotato da un intervento diretto di carattere redistributivo, ascritto all'ordine pubblico economico (di direzione), tecnicamente ancorato al rimedio della nullità (con sostituzione automatica di clausole) e realizzato ad opera di un intervento legislativo.[75]

Nel modello del sociale del welfare state si era creato infatti un collegamento strutturale tra intervento regolativo sostanziale di protezione e diritto privato comune in funzione di tutela di (gruppi di) soggettività individuate in base a coordinate socio-economiche rigide e costanti, il modello contemporaneo invece abbandona questo collegamento per privilegiare interventi a favore di gruppi indistinti sotto questo

[73] Le parti deboli vengono definite tali rispetto a quelle forti: i lavoratori rispetto ai datori di lavoro, le donne rispetto agli uomini, i produttori rispetto ai consumatori, i poveri rispetto alla classe media, gli immigranti rispetto ai cittadini, i disoccupati rispetto agli occupati, i bambini rispetto agli adulti, i vecchi rispetto ai giovani, i normodotati rispetto ai non dotati. E solidarietà significa un regime di diritto privato che tiene in considerazione questa forma di debolezza e cerca di rispondergli nella definizione delle relazioni giuridiche.

[74] E' il famoso effetto c.d. backfire che colpirebbe proprio le parti che si vogliono proteggere, escludendole dal mercato. Ora vi è anche una più sofisticata versione secondo la quale questi i costi si scarichebbero sulla fascia più sosfisticata di contraenti, che non avrebbero bisogno di protezione, finendo per costituire un sussidio all'interno dello stesso gruppo da parte dei consumatori più informati o abili a favore di quelli più deboli cfr. Du.Kennedy, *The stakes of law, or Hale and Foucault* !, 15 Legal Forum Issues (1991) che così riporta l'attenzione sulle strutture giuridiche ed istituzionali all'interno delle quali si svolgono le transazioni, dalle quali dipende l'esercizio del potere all'interno delle relazioni contrattuali, riprendendo l'analisi foucaultiana sulle manifestazioni locali del potere, sul modo in cui le cose funzionano al livello delle attuali e quotidiane pratiche giuridiche. Sul punto sia permesso ancora il rinvio a G.Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2009, p. 66 ss.

[75] La critica è in M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit. Anche Denozza, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, cit., nota come questo sistema di governo del mercato, mirato alla protezione del singolo consumatore nel momento in cui conclude la singola transazione; sia qualitativamente differente rispetto al periodo precedente (del sociale) in cui si pensava al controllo dei "grandi aggregati" (massa monetaria e creditizia, dei salari, delle abitazioni e del consumo nel suo complesso etc.).

profilo, collegandolo a situazioni relativamente fungibili sotto il profilo soggettivo (investitore, consumatore, subfornitore) che occultano la dimensione sottostante di conflitto che può caratterizzare il rapporto.[76]

In questa seconda direzione ciò che è in discussione è il coinvolgimento del diritto "comune" dei contratti nelle questioni della giustizia sociale e più precisamente l'attrazione nell'area dei rimedi contrattuali di una serie di problemi che riguardano invece conflitti seriali fra ceti sociali e categorie economiche.[77]

Solo una costellazione di sottosistemi di legislazione speciale, capace di rideterminare le obbligazioni dei contraenti sulla base delle loro qualità economico-sociali, continua ad essere considerato il modo migliore per affrontarli. L'attenzione è riportata allora sul dato identitario, in particolare sull'identità del gruppo.

Anche questo genere di critica coglie un elemento fondamentale, poiché mentre riconosce l'esistenza del problema della libertà contrattuale, non ritiene però che lavorare sulle regole di diritto privato possa costituire una risposta adeguata a rispondere alle necessità dei soggetti (e dei gruppi) più svantaggiati. Qui allora il pubblico continua a rimanere separato dal privato e la redistribuzione è affidata esclusivamente nelle mani della legislazione.[78]

---

[76] E ricollega l'intervento ad un vantaggio in termini di informazione, dipendenza tecnologica e altri fattori (durata del rapporto, standardizzazione, irrecuperabilità dell'investimento) di cui uno dei contraenti può servirsi per imporre condizioni unilaterali alla controparte ancora cfr. Denozza, op. cit.

[77] Viene alla luce il tentativo di limitarne la portata regolamentare, operando una differenziazione interna alle possibili asimmetrie (a livello macroeconomico e a livello microeconomico cfr. M. Meli, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le doctrines della undue influence e della unconscionability*, Padova, 2005. Certamente vi sono differenze– delle quali è necessario tenere conto– fra le varie asimmetrie: le anomalie strutturali del mercato, cioè quelle che toccano nella sua interezza un determinato settore economico alle quali è possibile reagire anche attraverso gli strumenti della normativa *antitrust*, quelle c.d. situazionali dovute alle circostanze (del mercato) in cui la singola negoziazione viene conclusa, e quelle che operano al c.d. livello microeconomico del singolo contratto, tutte però sono riconducibili ad un cattivo funzionamento del mercato anche queste ultime nelle quali le possibili alternative a disposizione di controparte sono state ridotte (ancora da condizioni esterne o dipendenti da controparte), tutti gli interventi correggono il mercato ed hanno effetti sull'efficiente allocazione delle risorse (sul punto già da ora Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile,* Bologna, 1999, p. 294). Analogo per alcuni versi il tentativo di operare una differenziazione fra ciò che apparterebbe alla fisiologia e ciò che apparterrebbe alla patologia del contratto in E. Roppo, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di g. Iudica e P. Zatti), Milano, 2001.

[78] Il riferimento è al sistema duale che vede contrapposti problemi della volontà viziata affidati alla disciplina generale del contratto e problemi di disparità di potere trattati da una molteplicità di sotto-sistemi distinti retti da una politica correttiva contrapposta a quella generale astensionista cfr. M.Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in A. Somma, C. Amodio (a cura di). *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, p. 67, il quale aspira alla "ricostituzione di uno spazio della politica" recupero di una regolamentazione pubblica affidata a *mandatory rules*. Barcellona distingue anche fra funzione immunitaria e funzione correttiva, la prima presiede a determinare i confini del mercato e la sua strutturazione, la seconda a correggere le eventuali disuguaglianze, sempre all'interno di una logica eguale (corrispondenza del mercato reale a quello ideale). Nella seconda direzione l'effettività e trasparenza del consenso, la razionalità e l'efficienza delle relazioni contrattuali sono assicurate dalla buona fede, le questioni dell'equità ad una regolamentazione esterna. Ricorda che la logica dei codici non solo protegge il contraente permettendogli di sottrarsi al contratto viziato, ma protegge anche controparte,

All'interno di ambedue i modelli, la distinzione fra regole che "facilitano" il funzionamento del mercato o l'esercizio dell'autonomia e quelle che li regolano redistribuendo risorse e potere rimane però tracciata abbastanza nettamente.

I problemi così possono essere ricondotti tutti o ad una limitata serie di *failures* che non permettono al mercato di funzionare, a causa di un difetto di concorrenza o di informazione, o a più problematiche cause strutturali come l'indigenza nel senso di ineguale distribuzione della ricchezza o alla ignoranza, nel senso di insufficiente educazione. E la soluzione verrà ancora cercata alternativamente o nel ripristino delle condizioni per la corretta esplicazione dell'autonomia privata, attraverso la rimozione degli ostacoli che ne alterano il funzionamento per i problemi del primo tipo, o nella correzione attraverso l'intervento strutturale della legislazione sociale per i problemi del secondo tipo.[79]

In ogni caso, ambedue le impostazioni tendono a sottovalutare l'operatività, inevitabile, di quel variegato complesso di elementi che rappresenta la cornice istituzionale delle transazioni nell'ambito del mercato e che, con gli altri fattori economici e sociali, dà corpo e misura all'esercizio del potere (contrattuale) nei rapporti di scambio fra le parti o gruppi ai quali appartengono.

Non si può negare infatti come quelle che vengono presentate come semplici forme di correzione del mercato siano destinate ad avere effetti distributivi, anche rilevanti, nella misura in cui incidono sul potere contrattuale delle parti (e non solo di esse).

18. L'indagine che abbiamo provato a condurre riporta l'attenzione non solo sulla dimensione distributiva del diritto privato, ma anche sul fatto che l'appello ai valori sociali ed ai principi generali che vi sono collegati non appaiono dunque di per sé (auto-) esplicativi, non possono cioè considerarsi *in sé* progressisti e più egualitari.

È necessaria infatti una analisi più accurata dei vari modi in cui le regole del diritto privato incidono sul potere di singoli e gruppi nelle relazioni di conflitto e cooperazione fra di loro. Un simile studio induce a tenere in conto e prendere in considerazione la complessità dei gruppi destinatari degli interventi da parte del diritto, spinge quindi a scandagliare al loro interno per individuarne le diverse componenti e la molteplicità dei loro interessi, perché tali interessi possono porsi anche in posizione antagonista (*at cross purpose*) fra di loro.[80]

evitando di imporgli un contratto "non voluto", a lui soltanto spetta l'iniziativa per ridurre il contratto ad equità o rettificarlo (art.1450 c.c., art.1432 c.c.) cfr. M. Barcellona, *La buona fede ed il controllo giudiziale del contratto,* in *Il contratto e le tutele* (a cura di S. Mazzamuto), Milano, 2002, p. 305 ss.

[79] Qualche traccia della difficoltà ad inquadrare questo genere di debolezza pare rimanere anche nell'articolata e sensibile proposta di E. Navarretta, C*ausa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma,* in Riv. Dir. civ., 2006, p. 411 ss., in particolare p. 424.

[80] E' il tema dell'intersezionalità ampiamente indagato dal diritto statunistense ed ora da quello europeo cfr. G. MARINI, *Relazione*, in L.Corso e F.Caggia (a cura di) *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, Quaderni dei seminari Critical Perspectives in Law, Napoli, 2023.

Ugualmente accade per molte altre ambiguità, presenti all'interno del diritto contemporaneo, che sarebbe opportuno analizzare e mettere in evidenza.

Così, se ci spostiamo dal (diritto del) mercato a quello della famiglia o della persona emergono altri profili interessanti da decodificare. In questa seconda sfera i valori sociali, considerati progressisti nel diritto del mercato, possono cambiare segno. Possono infatti essere identificati sia con i doveri di solidarietà, sia al contrario con relazioni di autorità e, come tali, vanno ad accompagnare interventi tradizionalisti di promozione della moralità dominante. In questo ambito, allora, un progetto progressista pare meglio realizzabile attraverso il ricorso a principi quali l'autodeterminazione o l'autonomia, che sarebbero considerati di marca conservatrice nel diritto del mercato.

È davvero interessante notare, per concludere, quanto spesso le rappresentazioni, le concezioni teoriche e le argomentazioni fornite per spiegare una particolare regola giuridica si rilevino ridondanti e in contraddizione con le stesse regole giuridiche che vengono messe all'opera. Questo aspetto ricorda molto il concetto di "falsa coscienza" e si avvicina anche all'ideologia secondo la definizione elaborata da Marx ormai due secoli fa. Se è necessario uscire dai meccanismi ideologici e produrre una critica dei processi di attribuzione di significato,[81] è allo stesso tempo, però fondamentale evitare l'errore di considerare gli elementi dell'analisi come un semplice prodotto di una pratica discorsiva o di una questione meramente epistemica.

Ogni intervento giuridico porta con sé delle conseguenze nella realtà materiale. Per questo motivo i programmi di riforma e i cambiamenti giuridici necessitano di un'analisi più complessa, caratterizzata da una valutazione franca degli effetti distributivi.[82]

La stessa ricostruzione di un'identità o di una tradizione nazionale produce una diversa redistribuzione di ricchezza e di potere e, come tale, impone di chiederci chi vince e chi perde a seguito di questa ricostruzione.

Le diversi opinioni a riguardo possono dunque essere comprese meglio quali dispute ideologiche riguardanti i ragionevoli limiti dei progetti redistributivi che implicano.

[81] Du. Kennedy, *Sexy Dressing etc. Essay on the Power and Politics of Cultural Identity*, Cambridge: Harvard University Press, 1993, 103-104.

[82] Vale la pena sottolineare ad esempio l'effetto di sussidio incrociato attraverso il quale la ridistribuzione opera all'interno della stessa porzione di società, si veda Du. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, cit.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARINI, Giovanni. Comparazione e critica: the legacies of eterodoxy. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 34, n. 2, p. 131-162, abr./jun. 2025. DOI: 10.33242/rbdc.2025.02.007.

Recebido em: 17.09.2024
Aprovado em: 03.12.2024